

Conseil d'État**N° 354355**

Publié au recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Christian Vigouroux, président

M. Fabrice Aubert, rapporteur

M. Nicolas Boulouis, rapporteur public

SCP DELAPORTE, BRIARD, TRICHET ; SCP GATINEAU, FATTACCINI, avocats

Lecture du lundi 12 mars 2012**REPUBLIQUE FRANCAISE****AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu, 1°) sous le n° **354355**, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 25 novembre et 12 décembre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour DYNACITE, office public de l'habitat de l'Ain, dont le siège est au Quartier Brou 390 boulevard du 8 mai 1945 à Bourg-en-Bresse Cedex (01013) ; DYNACITE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1106593 du 10 novembre 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à la demande de la société GDF Suez Energie Services-Cofely, a annulé la procédure de passation du marché public (lots nos 1, 2, 3 et 4) engagée par DYNACITE, d'une part, pour l'exploitation d'installations de chauffage, de production d'eau chaude, de ventilation et de climatisation de bâtiments et, d'autre part, pour la recherche d'économies d'énergie, et a enjoint à DYNACITE de reprendre la procédure au stade de la mise en concurrence des candidats ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société GDF Suez Energie Services-Cofely ;

3°) de mettre à la charge de la société GDF Suez Energie Services-Cofely la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu, 2°) sous le n° 354356, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 25 novembre et 12 décembre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE DALKIA FRANCE, dont le siège est au 37 avenue du Maréchal de Lattre de Tassigny à Saint-André-lez-Lille (59350) ; la SOCIETE DALKIA FRANCE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1106593 du 10 novembre 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a annulé, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la procédure de passation du marché public engagée par Dynacité ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société GDF Suez Energie Services-Cofely ;

3°) de mettre à la charge de la société GDF Suez Energie Services-Cofely la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu, 3°) sous le n° 354357, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 25 novembre et 12 décembre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour DYNACITE, office public de l'habitat de l'Ain, dont le siège est au Quartier Brou 390 boulevard du 8

mai 1945 à Bourg-en-Bresse Cedex (01013) ; DYNACITE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1106421-1106423 du 10 novembre 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à la demande de la société Idex Energies, a annulé la procédure de passation du marché public (lots nos 1, 3 et 4) engagée par DYNACITE, d'une part, pour l'exploitation d'installations de chauffage, de production d'eau chaude, de ventilation et de climatisation de bâtiments et, d'autre part, pour la recherche d'économies d'énergie, et a enjoint à DYNACITE de reprendre la procédure au stade de la mise en concurrence des candidats ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Idex Energies ;

3°) de mettre à la charge de la société Idex Energies la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu, 4°) sous le n° 354358, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 25 novembre et 12 décembre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE DALKIA FRANCE, qui demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1106421-1106423 du 10 novembre 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a annulé, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la procédure de passation du marché public engagée par Dynacité ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Idex Energies ;

3°) de mettre à la charge de la société Idex Energies la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 février 2012, sous les nos **354355**, 354356, 354357 et 354358 présentée pour DYNACITE et la SOCIETE DALKIA FRANCE ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Fabrice Aubert, Auditeur,

- les observations de la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de DYNACITE et de la SOCIETE DALKIA FRANCE, de la SCP Gatineau, Fattaccini, avocat de la société GDF Suez Energie Services-Cofely et de la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de la société Idex Energies,

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de DYNACITE et de la SOCIETE DALKIA FRANCE, à la SCP Gatineau, Fattaccini, avocat de la société GDF Suez Energie Services-Cofely et à la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de la société Idex Energies ;

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative que le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue peut être saisi, avant la conclusion d'un contrat de commande publique ou de délégation de service public, d'un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : " Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations " ; qu'enfin, aux termes de l'article L. 551-10 de ce code : " Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...) " ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'office public de l'habitat du département de l'Ain, dénommé DYNACITE, a engagé une procédure de passation d'un marché public portant, d'une part, sur l'exploitation, la conduite, l'entretien et la maintenance des installations de chauffage, d'eau chaude sanitaire, de climatisation et de ventilation de bâtiments gérés par l'office et, d'autre part, sur la recherche d'économies d'énergies à réaliser sur ces bâtiments ; que statuant sur la demande formée sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative par les sociétés GDF Suez Energie Services-Cofely et Idex Energies, concurrents évincés, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, par deux ordonnances du 10 novembre 2011, a annulé cette procédure de passation au motif que les consommations d'énergie pour les années antérieures diffusées aux candidats dans les documents de la consultation, et présentées comme les consommations réelles constatées sur les bâtiments concernés, avaient été modifiées et surestimées par le pouvoir adjudicateur et avaient conduit à avantager la SOCIETE DALKIA FRANCE, candidat sortant pour la plupart des prestations faisant l'objet du marché, seule détentrice des chiffres réels des consommations énergétiques ; que la SOCIETE DALKIA FRANCE et DYNACITE se pourvoient en cassation contre les ordonnances ainsi rendues par le juge des référés ;

Considérant que les pourvois de DYNACITE et de la SOCIETE DALKIA FRANCE sont dirigés contre les mêmes ordonnances portant sur la même procédure de passation d'un marché public ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 5 du code de justice administrative : " L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence. " ;

Considérant que la SOCIETE DALKIA FRANCE et DYNACITE soutiennent que le juge des référés a fondé sa décision sur des factures de gaz produites par la société GDF Suez Energie Services-Cofely sans qu'une communication écrite ne leur en ait été faite, ni qu'ils aient disposé d'un délai suffisant pour y répondre ; que toutefois, il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'il ne s'est pas fondé directement sur ces factures mais sur les données synthétiques communiquées par la société GDF Suez Energie Services-Cofely sur la base de ces factures, et dont DYNACITE et la SOCIETE DALKIA FRANCE ont pris connaissance lors de l'audience de référé du 4 novembre 2011 ; que ces données ont été reprises dans les mémoires produits postérieurement à l'audience par la société GDF Suez Energie Services-Cofely et la société Idex Energies, dont la communication à l'ensemble des parties par le juge des référés a eu pour effet de différer la clôture de l'instruction et a permis à la SOCIETE DALKIA FRANCE et à DYNACITE d'y répliquer utilement, par des mémoires que visent et analysent les ordonnances attaquées du 10 novembre 2011 ; que, par suite, le juge des référés n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, entaché ses ordonnances de

méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure ;

Considérant, en deuxième lieu, que pour annuler la procédure de passation litigieuse, le juge des référés du tribunal administratif a relevé, par des appréciations souveraines exemptes de dénaturation, que les chiffres de consommations énergétiques communiqués aux candidats par le pouvoir adjudicateur étaient en moyenne majorés d'environ 10 % par rapport aux consommations réelles constatées par les candidats exploitants sortants, que la performance énergétique des prestations proposées par les candidats était un paramètre pris en compte dans trois des quatre sous-critères d'évaluation de la valeur technique des offres et, ainsi, que ces informations relatives aux consommations énergétiques réelles de bâtiments, à partir desquelles les candidats pouvaient élaborer et chiffrer leurs offres, constituaient un " élément essentiel du marché " ;

Considérant, en troisième lieu, que DYNACITE et la SOCIETE DALKIA FRANCE soutiennent que le juge des référés a commis une erreur de droit en relevant une inégale information des candidats alors qu'ils avaient une égale connaissance des consommations énergétiques cibles définies par le règlement de consultation ; que toutefois, le juge des référés a, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, estimé que les candidats avaient élaboré leurs offres compte tenu des consommations énergétiques présentées à tort comme réelles par le règlement de la consultation, alors qu'elles ne correspondaient pas aux consommations effectives ; que, par suite, le juge des référés n'a ni méconnu les dispositions de l'article 5 du code des marchés publics relatif à la détermination de leurs besoins par les pouvoirs adjudicateurs, ni commis une erreur de droit en relevant, par une ordonnance suffisamment motivée, un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant enfin, que compte tenu de ce que la SOCIETE DALKIA FRANCE était l'exploitant sortant de la quasi-totalité des sites objets du marché, au nombre de plusieurs centaines, alors que la société GDF Suez Energie Services-Cofely n'exploitait pour sa part que quelques sites et que la société Idex Energies n'en exploitait aucun, et que les deux concurrents évincés disposaient de ce fait, ainsi qu'il vient d'être dit, d'informations inexactes sur les consommations énergétiques réelles sur lesquelles reposait l'élaboration de leurs offres, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en relevant que ce manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence était susceptible de léser les sociétés GDF Suez Energie Services-Cofely et Idex Energies, concurrents évincés ; que par suite, il n'a pas méconnu son office en annulant la procédure de passation du marché en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les pourvois de DYNACITE et de la SOCIETE DALKIA FRANCE doivent être rejetés ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société GDF Suez Energie Services-Cofely et de la société Idex Energies, qui ne sont pas, dans les présentes instances, les parties perdantes, le versement de la somme demandée par DYNACITE et par la SOCIETE DALKIA FRANCE ; qu'en revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de DYNACITE et de la SOCIETE DALKIA FRANCE, sur le fondement de ces mêmes dispositions, le versement tant à la société GDF Suez Energie Services-Cofely qu'à la société Idex Energies de la somme de 1 500 euros pour chacun des pourvois les concernant ;

D E C I D E :

Article 1er : Les pourvois de DYNACITE, office public de l'habitat de l'Ain, et de la SOCIETE

DALKIA FRANCE sont rejetés.

Article 2 : DYNACITE, office public de l'habitat de l'Ain, et la SOCIETE DALKIA FRANCE verseront tant à la société GDF Suez Energie Services-Cofely qu'à la société Idex Energies une somme de 1 500 euros pour chacun des pourvois les concernant, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à DYNACITE, office public de l'habitat de l'Ain, à la SOCIETE DALKIA FRANCE, à la société GDF Suez Energie Services-Cofely et à la société Idex Energies.